



刑罚权的动态研究

薛静丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



刑罚权的动态研究

薛静丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑罚权的动态研究 / 薛静丽著. —北京: 法律出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6469 - 7

I. ①刑… II. ①薛… III. ①刑罚—研究—中国
IV. ①D924.104



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第108135号

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.875 字数 176 千

版本 2014年6月第1版

印次 2014年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6469-7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

前言 1

第一章 刑罚权的起源及其历史脉动 5

第一节 刑罚权的起源 5

一、神授论 6

二、契约论 7

第二节 我国古代的刑罚权思想 9

一、慎刑思想 9

二、“德主刑辅”思想 11

三、重刑主义思想 12

四、民本思想 14

第三节 我国近现代的刑罚权思想 15

一、我国近代的刑罚权思想 15

二、我国现代的刑罚权思想 19

第四节 国外近现代刑罚权限制理念及其文化基础 23

一、国外近现代刑罚权限制理念的主要体现 23

二、国外近现代刑罚权限制理念的文化基础分析 26

第二章 刑罚权的近代发展与刑事法治的生成 39

第一节 社会团结与刑罚权的变迁 40

一、社会团结的兴起与集体意识的导向 40

- 二、刑罚的量变与质变 44
- 三、对涂尔干刑罚权理论的传承与超越 48
- 第二节 权力技术的变化和话语转换 53
 - 一、“规训”与话语的转换 53
 - 二、刑罚人道主义的批判分析 56
 - 三、刑罚的权力之谜 60
- 第三节 刑事法治进程中的刑罚权规制 66
 - 一、涂尔干和福柯的刑罚理论对刑事法治的意义 66
 - 二、刑事法治发展和刑罚权适用的有限性 68

第三章 刑罚权的现代演进与刑罚制度的理性

回归 71

- 第一节 新社会防卫论 72
 - 一、新社会防卫论的萌芽和形成 72
 - 二、新社会防卫论的内涵分析 73
 - 三、新社会防卫论的影响 74
- 第二节 恢复性司法 75
 - 一、恢复性司法的特点 75
 - 二、恢复性司法对犯罪本质和刑罚目的的再认识 79
 - 三、恢复性司法对传统刑法理念及刑罚权的修正 81
- 第三节 刑事和解 84
 - 一、刑事和解的模式 85
 - 二、刑事和解制度的价值蕴涵 86
 - 三、刑事和解与恢复性司法的区别 87

第四章 当代刑罚权的理性遏制与部分让渡 90

- 第一节 国家权力与社会权力的互动 91

一、刑事法国家与社会的分析框架	92
二、社会权力的发展及其影响	93
三、社会权力对国家权力的作用	95
第二节 当代法治国家的刑罚权理念	96
一、刑法和刑罚权谦抑理念	97
二、人权防卫理念	98
三、刑事法律新秩序理念	101
四、刑罚权的社会制约理念	102
五、刑事法律的最低道德性理念	104
第三节 当代刑罚权理性遏制与部分让渡的实现 路径	107
一、非犯罪化理论与实践	108
二、非刑罚化理论与实践	115
三、犯罪者处遇方式的变革	120

第五章 当今中国刑罚权的动态及刑罚网络的 完善 125

第一节 当今中国刑罚权的动态表征	126
一、刑罚轻缓化	126
二、宽严相济刑事政策	130
三、社区矫正等非监禁刑的扩大适用	138
四、恢复性司法和刑事和解的推行	141
第二节 当今中国刑罚权动态的原因考察	145
一、和谐社会的时代背景	145
二、国家治理和社会控制的转型	147
三、刑事法角色的转变	154
第三节 当今中国刑罚权动态中的问题透视	157
一、体系思维的缺失	158

二、传统文化的定式 159

三、泛刑化思想观念的根深蒂固 161

第四节 刑罚权的合理调整及刑罚网络的完善 165

一、刑法及刑罚权观念的转变 165

二、我国刑罚结构亟待调整 174

三、重视刑法解释对刑罚权的限制功能 189

结语 201

参考文献 203

后记 214

前 言

选择刑罚权作为研究对象,主要是因为我国的刑罚权理念和制度存在许多问题。比如,为什么我国的刑罚权理念仍偏重于以国家为中心,而在某种程度上忽视了个人与社会?为什么我国的刑罚结构仍偏向于重刑主义?随着刑罚新理论如刑罚轻缓化、犯罪人和被害人权利保障、死刑理论等的发展,我国刑罚权的动态符合刑罚权的发展规律吗?这些问题吸引着我 对刑罚权的动态展开一个系统的研究。

刑罚权理论是刑罚权制度的基础。在我国,刑法理论研究是重犯罪学而轻刑罚学,而作为刑罚学研究的基础性问题——刑罚权,又是整个刑罚学研究的薄弱环节。所以,探讨刑罚权的动态发展规律,分析其原因,不论是对刑罚权的理论研究,还是对我国刑罚权网络的规制和完善,都具有重要的意义。西原春夫曾说:“对刑法存在的合理性和正当性的推敲不是轻而易举的。是否有合理性、正当性,这属于文明性的价值判断,并由于价值判断的

基准和立场的不同,出现各种各样的答案……然而,不能因为有困难,就滥用国家的刑罚权而不去保障国民的权利。不管怎样,必须敢于对刑法存在的合理性和正当性进行推敲。”〔1〕同理,对刑罚权的“推敲”也是如此,也要经常持续地进行。

总之,对刑罚权的动态研究,有利于刑法的正确实施以及促进对公权力的监督。刑罚权的本质是一种公权力,不能恣意行使,它既要维护国家利益和社会秩序,又要充分保障个人人权。“总之,在确定刑罚权的合理限度的时候,应当兼顾社会公正性与社会功利性这双重标准。”〔2〕对刑罚权的规制与完善,有利于体现刑法不仅是“普通人的大宪章”,而且是“犯罪人的大宪章”。拉德布鲁赫说:“自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复开始,国家就承担着双重责任:正如国家在采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯罪者,也要保护犯罪人不受受害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同样也要限制这一权力,它不仅是可罚性的缘由,也是它的界限,因此出现悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为反对司法专横和错误的大宪章。”〔3〕法治文明的标志是刑罚的文明与人道,对刑罚权的理性规制正是刑法文明与人道的体现。“刑法之所以是法律,其目的不是为了改进国家的刑罚权,而恰恰是为这一权力设定种种约束和限制。”〔4〕

〔1〕〔日〕西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年版,第5页。

〔2〕樊风林主编:《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第43页。

〔3〕〔德〕拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第99页。

〔4〕〔捷〕卜思天·儒潘基奇:“关于比较刑事法的若干法哲学思考”,杨忠民译,载《比较法研究》1995年第1期。

刑罚权理论也是随着时代的发展和人们认识的不断深入而逐步发展而趋于理性的,我们的理论研究需要的就是扬弃。持续不断地监视刑罚权,才能使我们的刑法学根基更牢固更合理,从而在根本上保障我们每一个人的权利。

刑罚权既非从来就有,亦非一成不变。人类社会的发展总是在观念与制度的相互影响中进行的,观念来自社会现实,系统化的观念会推动制度的变革,稳定的制度又会进一步深化观念。

在国外,刑罚学是属于社会学的一部分,除了研究刑罚权的原理外,还主要研究刑罚权实施的具体的社会效果。以刑罚的经验事实为基础,加以实证的研究,其具体成果可作为本书研究的基础文献。此外,国外学者从哲学、法社会学以及经济学的角度对刑罚权进行研究的著作,也是非常值得参考的文献资料。当然,不同文化背景和不同话语系统下形成的刑罚权理论如何“拿来”,也是一个严肃而需要慎重的问题。

研究方法上,主要运用法社会学方法、刑事一体化方法和历史研究方法。法社会学方法有自己独特的视角,对刑罚权理论和制度有独特的看法和理解。运用法社会学的分析方法,有助于我们把刑罚权作为社会有机体的一部分,而不是仅作为刑法中的一部分对刑罚权进行整体性思考。刑事一体化方法强调为了更好地实现刑事法目的,在研究上应加强对刑法学、刑事诉讼法学、刑事执行法学以及犯罪学的交流与融会,同时倡导刑事实践中的立法、裁判与执行多环节的衔接与互动。因此,用刑事一体化的方法研究刑罚权问题,应该是一次理论上有益的尝试。而研究刑罚权本身的发展过程,也离不开历史研究方法。马克思主义认为,历史的发展跟自然的发展一样,有它自己的内在规律。刑罚权本身的发展过程也有其内在规律性,思维的任务就在于通过各种方法探索其发展过程,进而透过表面现象

揭示其内在规律。认识历史的内在规律并不能使我们改变或取消历史规律,但我们可以在这—自然规律的基础上发挥我们的主观能动性,来达到规范和限制刑罚权的目的。

第一章

刑罚权的起源及其历史脉动

刑罚权是国家基于统治权依法对实施犯罪行为的人实行刑罚惩罚的权力。^{〔1〕}何秉松教授更详细地解释道:“刑罚权是指当犯罪出现时,国家处罚犯罪者的权力。刑罚权包括一般的刑罚权与个别的刑罚权,前者指在一般意义上,出现犯罪时国家有权处罚犯罪者。后者指在个别意义上,出现具体犯罪行为时国家有权处罚该犯罪者。”^{〔2〕}我们从刑罚权的起源开始探讨,考察分析刑罚权思想经历的历史变迁。

第一节 刑罚权的起源

刑罚权属于国家权力的范畴。原始社会没有

〔1〕 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1995年版,第15页。

〔2〕 “打击犯罪与保障人权仍是刑法的目的”,http://www.legaldaily.com.cn/misc/content_224656.htm,2010年11月26日访问。

刑罚权,惩罚犯罪的权力掌握在家长或首领手里,而惩罚的依据是习惯或习惯法。氏族社会的社会结构、关系和价值以血缘关系为基础。在家庭中,尽管家长通常享有较高权威,但成员之间的地位基本是平等的,但这种平等并非意味着对犯罪的漠然视之,犯罪的人仍然要遭到惩罚。人们以血缘关系的远近判定社会关系的亲疏,对犯罪的惩罚也是以此为标准,与家长和首领血缘近的减轻处罚或免受惩罚,与家长和首领血缘远的则加重处罚。关于刑罚权的起源问题,主要有两种学说:神授论和契约论。

一、神授论

神授论是以君权神授作为其理论基础的,认为刑罚权是上天即神的授予。这种学说在我国古代刑法思想中颇具主流。夏、商二代的统治者,其立法思想主流是“天罚”和“神判”。“天罚”思想认为统治者的统治是上天赋予的使命,所以对于不服从其统治的行为,天会发怒,由此而命令夏、商的王替天实行惩罚。这即是基于“天命”而产生的“天罚”思想,也是刑罚权神授论在我国古代刑法思想中的切实体现。由于人们相信天主宰人间的一切并奖善罚恶,人们只有通过德行才能获得天的眷顾,所以,人们相信,那些严重违反道德的人或集团理所当然地应该受到天之处罚。夏王正是借助“天罚”思想,将其扮演为替天行罚的唯一人选,从而给自己的统治披上了神权的色彩,使被征服的异族以及被统治的民众在神权的恐怖和神秘气氛中,顺从地接受他的统治。显然,这是人类社会开初的子民们在与自然的抗争中,由于对自然现象的无法解释而产生的畏天和敬天思想,而统治者加以利用的目的正是为了加强自己统治的权威性和威慑力。

在西方中世纪,受宗教神学思想的影响,神授论的刑罚权思想也曾经盛行一时。古罗马的奥古斯丁就从教义出发,认为人类的祖先犯了罪,留在人间生活是要接受上帝的惩罚,因此,刑罚权来自上帝

的授予。圣保罗则对神授论的刑罚权观点进行了更详细的解释,他说道:“我们再也不用去思索刑罚权的渊源,这无非说神的代理人根据保障社会的需要,以惩罚作恶者的一种权利。本来正义与责任是不可分割的两种概念,所以,侵害道德规范者必需补偿才能算是正义。如是国家也就有压制这种侵害者的义务……这些权利和义务是我们的创作主在把握着……政府就只有以代理人的立场来执行裁判权,人类的法律也只有根据神的法度才能发生强制力。假若政府否认神,那就无异于否认他自己。”〔1〕柏拉图也认为,就哲学和世界的本来意义而言,那些在习惯上被认定为神圣的和必要的制度应该属于神的规则,而刑罚就属于这样的制度。由于犯罪扰乱了宇宙的顺序和谐,而这种和谐必须通过对犯罪人的惩罚得到恢复,因此,犯罪人遭受刑罚的过程,就是正义的宇宙秩序的恢复过程。〔2〕及至近代,西方还有一些刑法学家认同这种思想,像德国刑法学家斯塔尔在论及国家刑罚权时就这样说:“神之秩序,发现于俗界,是为国家。身体健全,财产保护,家族秩序,国家存立,寺院存续,莫非神明秩序之基础,有破坏此秩序者,曰犯罪。神明对此破坏秩序之犯罪人,命令俗界之权力代表者,加之以刑罚,是即国家刑罚权之所由来。”〔3〕

二、契约论

契约论为启蒙思想家所倡导,该学说认为刑罚权来源于个人让渡出的一份份个人权利的结合,也就是人类社会初期的人们为了获得生存上的社会保障,而自愿地转让出本属于个人的一些自然权利而缔结的社会契约。最早提出契约论刑罚权思想的是古希腊的一位哲学家吕科弗隆,他认为,法律在本质上是一种互相保证正义的协

〔1〕 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1995年版,第21页。

〔2〕 谢望原:《刑罚价值论》,中国检察出版社1999年版,第196页。

〔3〕 王靓:《中华刑法论》,姚建龙勘校,中国方正出版社2005年版,第4页。

定,所以法律理应成为公民为善和正义的工具。到了17世纪和18世纪,欧洲自然法学派的学者们将这一思想加以发展,如斯宾诺莎、康德等就是刑罚权契约论思想的拥护者和倡导者。法国的卢梭更是集社会契约论之大成,他指出:“正是为了不至于成为凶手的牺牲品,所以,人们才同意,假如自己做了凶手的话,自己也得死。”〔1〕贝卡利亚则运用社会契约论阐述了刑罚权的起源,在其名著《犯罪与惩罚》中,他指出:“在国家形成之前的某个历史阶段,为了争夺利益,人们陷入了你争我夺的战争,自由由于人们朝不保夕而变得空有其名。法律就是把这些入联合成社会的条件,人们牺牲一部分自由是为了平安无扰地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者……无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成处罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正,是杜撰而不是权利。”〔2〕

对于神授说和契约说,完全的否定是盲目的。因为任何理论的形成和存在,都与当时的社会需要和人们的认识水平密不可分。神授说在今天看来当然荒诞可笑,但它也是人类社会认识客观世界进程中的必要一步。在当时的条件下,不能否认它确实有利于维护国家统治的稳固性,有利于当时社会经济的可持续发展。而契约说,我们现在虽然相信其理论前提是一个假设,但是,更不能忽视它的重大历史性意义。契约论刑罚权思想对社会早期的人们进行了彻底的思想启蒙和革新,使人们的注意力有了崭新的转向,即从原始的对虚假

〔1〕 [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1997年版,第46页。

〔2〕 [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2009年版,第11页。

的神的关注开始转向为对实际生活中真实的人的关注。这种转向不仅有利于人们摆脱神学对思想和心灵的愚昧侵蚀和桎梏,而且促使人们将这种伟大的启蒙力量转化成资产阶级革命的推动力。从霍布斯、卢梭到洛克、孟德斯鸠,社会契约论逐步成为近代人类社会文明发展的支撑,成为人类文明成果的政治法律遗产。尤其是以贝卡利亚为代表的社会契约论之刑罚权思想更有利于防止酷刑,他还依据基督教的文化传统——生命来自于上帝,个人无权自杀——来证明人们无权把生命权交由社会(国家),从而从根本上否定了死刑存在之合理性。^{〔1〕}从而开启了刑罚人道主义和废除死刑的历史新篇章。

第二节 我国古代的刑罚权思想

我国古代法中的刑罚权思想博大精深,慎刑思想和重刑思想在不同的历史时期占据着不同的位置。在每个朝代的初期,统治者多注重用刑的节俭,而就我国古代整个历史时期而言,重刑思想可谓是居于不可动摇的主导地位。具体而言,我国古代的刑罚权思想主要包括:

一、慎刑思想

慎刑的思想源远流长,早在《尚书》中就有这样的记载:“钦哉,钦哉,惟刑之恤哉。”皋陶认为:“罪疑为轻,功疑为重;与其杀不辜,宁失不经;好生之德,洽于民心。”^{〔2〕}商朝开始对疑案重案的审判有了程序上和制度上的规定。就程序而言,《礼记·王制》中记载如下:

〔1〕 [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2009年版,第45页。

〔2〕 《尚书·大禹谟》。

“成狱辞，史于狱成告于正，正听之，正于狱成告于大司寇，大司寇听于棘木之下。大狱寇以狱之成告于王，王命三公参听之。三公以狱之成告于王，王三有（宥），然后制刑。”又曰：“司寇正刑明辟以听狱讼，必三刺。”这些记载显示了既定的刑罚在适用时也是非常谨慎的。西周兴起之后，又提出了“以德配天”的思想。在司法实践中也逐渐形成了“三刺”和“乞鞠”制度，“三刺”也就是“讯群臣，讯群吏，讯万民”，“乞鞠”则指不服判决而上诉之意。这些司法制度形成的前提是“明德慎罚”成为当时指导立法的主流思想。

尽管秦朝给我们留下了很多刑罚权专横暴虐的历史，但考察秦的法律，还是能发现有关慎刑的记载。如关于“三环”和“乞鞠”制度的规定：“免老告人以为不孝，谒杀，当三环之不？不当环，亟执勿失……以乞鞠及为人乞鞠者，狱以断乃听，且未断犹听也？狱断乃听之。”〔1〕

及至汉朝，慎刑在法律条文中规定得更加具体，司法官员如若徇私枉法、滥施刑罚权而随意出入人罪，则会被依法严惩。“鞠狱故纵、不直，及诊、报、辟故弗穷审者，死罪，斩左止为城旦，它各以其罪论之。”〔2〕到了汉高祖时期，又规定了谳疑狱制度。“高皇帝七年，制诏狱史：狱之疑者，吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久系不决。自今以来，县道官狱疑者各谳所属二千石，二千石官以其罪名当报，所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之，廷尉所不能决，谨具为奏，傅所当比律令以闻。”〔3〕《唐律疏议》的指导思想也是慎刑思想，其中就有这样的规定：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须

〔1〕 睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第117～120页。

〔2〕 张家山汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第147页。

〔3〕 班固：《汉书·刑法志》。